

# **El control de convencionalidad de los laudos arbitrales en Colombia: una historia que aún no ha sido contada\*\*-\*\*\***

## **Conventionality control of arbitral awards in Colombia: a story that has not yet been counted**

### RESUMEN

El presente trabajo de investigación estudia la figura del control de convencionalidad en los tribunales arbitrales y en los laudos arbitrales, acudiendo al estudio del derecho comparado, y realiza un análisis a los sistemas regionales de protección de los derechos humanos en América, Asia, África y Europa para así evidenciar que existe un vacío legislativo en la aplicación del control de convencionalidad a los laudos arbitrales. Se toman precedentes de la jurisprudencia internacional para establecer qué mecanismos procesales pueden utilizarse para la anulación de un laudo que viole normas convencionales contenidas en un tratado internacional de derechos humanos.

### PALABRAS CLAVE

Laudos arbitrales, control de convencionalidad, Convención Americana de Derechos Humanos, Convención Europea de Derechos Humanos, fragmentación jurídica.

\* Magíster en Derecho Procesal Contemporáneo, Universidad de Medellín. Docente investigadora y co-líder del Grupo de Investigación en Derecho Procesal GIDPRO de la Universidad Libre de Colombia, Seccional Cúcuta (Cúcuta, Colombia). Contacto: cindyc.reyess@unilibre.edu.co

ORCID ID: 0000-0001-8398-0582

\*\* Recibido el 29 de noviembre de 2017, aprobado el 15 de noviembre de 2018.

Para citar el artículo: REYES SINISTERRA, C. CH. *El control de convencionalidad de los laudos arbitrales en Colombia: una historia que aún no ha sido contada*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 43, mayo-agosto de 2019, 159-190.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n43.07>

\*\*\* Artículo de investigación, resultado parcial de las investigaciones “Implicaciones del Código General del Proceso en el proceso arbitral en Colombia” y “Vicisitudes de los contratos mercantiles en Colombia”, adscritas al Grupo de Investigación de Derecho Procesal GIDPRO de la Universidad Libre de Colombia – Seccional Cúcuta. Participaron como auxiliares de investigación Christian Camilo Gómez y Laura Balmaceda Solano.

## ABSTRACT

The present work of investigation studies figures as the application of the control of convencionalidad in the arbitral courts and in the arbitral awards, coming to the study of the compared right, realizing an analysis to the regional systems of protection of the human rights in America, Asia, Africa and Europe this way to demonstrate that a legislative emptiness exists in the application of the control of convencionalidad to the arbitral awards, taking precedents of the international jurisprudence to establish that procedural mechanisms can be in use for the cancellation of an award that violates conventional procedure contained in an international agreement of human rights.

## KEYWORDS

Arbitral Awards, Control of Convencionalidad, American Convention of Human Rights, European Convention of Human Rights, Juridical Fragmentation.

## SUMARIO

Introducción. 1. El control de convencionalidad. 1.1. Nociones del control de convencionalidad concentrado en América: una visión comparada con el desarrollo de la figura en Europa. 1.2. Control de convencionalidad difuso. 1.3. Control de convencionalidad concentrado. 1.4. Control de convencionalidad en Asia. 1.5. Control de convencionalidad en África. 2. Los laudos arbitrales. 2.1. Nociones generales. 2.2. Características. 2.3. Ejecución. 2.4. Anulación. 2.5. Revisión. 2.6. Control constitucional. 3. El control de convencionalidad de los laudos arbitrales. 3.1. Nociones generales. 3.2. El control de convencionalidad de los laudos arbitrales en Europa. 3.3. El control de convencionalidad de los laudos arbitrales en América. 3.4. El control de convencionalidad de los laudos arbitrales en Asia. 3.5. El control de convencionalidad de los laudos arbitrales en África. 3.6. El control de convencionalidad de los laudos arbitrales en Colombia. 4. Propuesta. 4.1. Aplicación del control de convencionalidad de los laudos arbitrales. 4.2. Interpretación de tratados internacionales. Conclusiones. Referencias.

## INTRODUCCIÓN

El control de convencionalidad se constituye como una figura para la protección de los sistemas regionales de derechos humanos en el mundo. Es así como en Europa se ha llegado a desarrollar este mecanismo por medio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, convirtiéndose en el primer laboratorio de convencionalidad en el mundo. Le han seguido América, con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y África, con la Corte Africana

de Derechos Humanos, lo que evidencia la importancia reconocida por los sistemas jurídicos del mundo a la protección internacional de los derechos humanos. Esto, en contraste con el escaso interés de países como los asiáticos y los árabigos, que aún en el siglo XXI no han desarrollado un mecanismo de protección regional para los derechos humanos que comprenda la aplicación del control de convencionalidad.

Por otro lado se encuentra el arbitraje, constituido hoy en día como un mecanismo alternativo de solución al proceso, en donde las partes habilitan transitoriamente a un tercero para que decida la controversia suscitada. En el mundo jurídico del arbitraje, las partes crean un estadio jurídico y los árbitros están habilitados y a la vez limitados por el pacto arbitral. Es esta situación la que ha planteado interrogantes en cuanto a la aplicación del control de convencionalidad en materia arbitral, pues el control de convencionalidad y el arbitraje son instituciones de naturaleza distinta: así, mientras en el arbitraje se estudia si se ha incumplido una cláusula contractual contenida en un contrato o un acuerdo, la Corte Interamericana, por ejemplo, estudia si ese laudo arbitral emitido por un tribunal arbitral y ejecutado por el Estado viola alguna disposición o norma convencional del Pacto de Costa Rica u otros instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado.

Como se señala en el título, la aplicación de esta figura ha sido poco estudiada y está cubierta por una niebla legal, lo cual ha impedido que exista una interpretación unánime e integral en los ordenamientos jurídicos del mundo con respecto a la actuación del árbitro como un juez convencional, sobre si debe o no estar sometido a lineamientos jurisprudenciales establecidos por los distintos sistemas regionales de protección de derechos humanos en el mundo.

El panorama jurídico en Colombia no es distinto, y pretender incorporar a un panel arbitral cláusulas que se interpreten en armonía con instrumentos internacionales de derechos humanos o normas convencionales pareciera ilusorio; en efecto, para el arbitraje lo que interesa son los aspectos económicos, por lo que en muchas ocasiones las decisiones en el proceso arbitral son reflejo de la fragmentación jurídica que existe, pero no se puede por esta razón evitar la contraposición que puede haber entre estas y la Constitución, y en progresión el control de convencionalidad. Situación que es el punto de partida para plantearse los siguientes interrogantes: ¿qué sucede si un laudo arbitral es violatorio de derechos humanos o de alguna norma convencional contenida en un tratado internacional que ha ratificado un Estado?, ¿será posible acudir al Sistema Interamericano para declarar que un laudo arbitral es violatorio de normas convencionales, en aquellos casos en que el ordenamiento jurídico nacional haya ignorado aplicar el control de convencionalidad a un laudo arbitral?, ¿está habilitado el árbitro para actuar como juez convencional en el ordenamiento jurídico colombiano?

Para responder a estos interrogantes, se realiza una investigación ambiciosa acudiendo al estudio del derecho comparado, teniendo como principal figura

de estudio el control de convencionalidad de los laudos arbitrales. Con esta finalidad se emprende un recorrido jurídico por legislaciones y precedentes internacionales contenidos en el derecho comparado.

La presente investigación se articula como sigue: en la primera sección se establecen las nociones básicas del control de convencionalidad y sus diferentes tipos de aplicación, a saber, el control de convencionalidad concentrado y el control de convencionalidad difuso; así mismo, se estudia el desarrollo de esta figura procesal internacional en los ordenamientos jurídicos de América, Europa, Asia y África, para posteriormente realizar el estudio del ordenamiento jurídico colombiano.

En la segunda sección se estudian aspectos básicos de los laudos arbitrales, proporcionando una definición de esta institución, sus características, sus diferencias y semejanzas con la sentencia judicial, los medios procesales establecidos en el ordenamiento jurídico colombiano para su revisión y anulación, y la aplicación del control de constitucionalidad y del control de convencionalidad en el arbitraje. Lo anterior permite mostrar al lector el enorme catálogo de normas que existe, para que los árbitros profieran laudos que se materialicen en decisiones que no contraríen su posición excepcional y transitoria de ser administradores que respetan el control constitucional y el convencional.

En la tercera sección se estudian decisiones arbitrales respecto del desarrollo del control de convencionalidad de laudos arbitrales en América, Europa, Asia y África, para luego evidenciar cómo se debe aplicar dicho control de convencionalidad en el sistema judicial colombiano. Por otra parte, el análisis de la manera como se desarrolla esta figura en el derecho comparado permite establecer qué mecanismos procesales proceden en aquellos casos en que un laudo arbitral es violatorio de normas convencionales y disposiciones internacionales.

Dentro de los laudos arbitrales y las teorías doctrinales tenidos en cuenta para este estudio, se presta atención principal al sistema judicial europeo, para evidenciar la posibilidad de incorporar el control de convencionalidad en el proceso arbitral.

La investigación finaliza con las propuestas a las cuales se llega luego del estudio de derecho comparado del control de convencionalidad de los laudos arbitrales en el mundo, y de cómo debe realizarse este en el sistema jurídico colombiano y americano, para posteriormente formular algunas conclusiones.

## 1. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

### *1.1. Nociones del control de convencionalidad concentrado en América: una visión comparada con el desarrollo de la figura en Europa*

Dentro de los precedentes tenidos en cuenta, que en el mundo han sido estudiados respecto del control de convencionalidad, se tienen como referentes

las experiencias de Francia en el año 1975, España en 1997, Alemania en 2010, los cuales pueden ser comparados con los precedentes que del control de convencionalidad se han generado en América. Veamos:

1. El control de convencionalidad es doble en dos sentidos. Por un lado, puede ser ejercitado (i) por el órgano máximo de un sistema convencional de derechos humanos, o comunitario en general, y también (ii) por los jueces nacionales. Por otro, impone (i) invalidar normas o actos nacionales contrarios al sistema, y además, (ii) hacerlos operar de conformidad al mismo. Naturalmente, con respeto al derecho (doméstico o internacional) más favorable a la persona.

2. En el caso interamericano, el control de convencionalidad ha sido postulado y exigido reiteradamente, en más de una docena de casos, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como tarea suya y de los jueces nacionales. Obliga a inaplicar el derecho local opuesto al Pacto de San José de Costa Rica y a la jurisprudencia de la Corte sobre el mismo, y a hacer funcionar al derecho interno conforme a esos parámetros. Al enunciarlo, la Corte no se ha fundado en los precedentes europeos entonces ya existentes y en funcionamiento.

3. En el caso europeo, sus protagonistas y artífices son dos, aunque con distinta intensidad: a) el actual Tribunal de Justicia de la Unión Europea (antes, de las Comunidades Europeas), con sede en Luxemburgo, en resguardo del derecho comunitario, se habilita a sí mismo y habilita a los jueces nacionales para inaplicar el derecho nacional contrario al primero. Es esta la versión más dura del control de convencionalidad, según el ya emblemático caso *Simmenthal*; b) el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (llamado también Corte Europea de Derechos Humanos), con sede en Estrasburgo y dentro del Consejo de Europa, practica control de convencionalidad por sí, pero no exige que los jueces nacionales inapliquen el derecho local contrario al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

4. En diferentes ámbitos jurídicos europeos se propicia una tendencia evolutiva, y de vez en cuando se la practica, en favor de un control de convencionalidad por los jueces ordinarios, aun dentro del sistema del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

5. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, más similar por su conformación jurídica al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha exigido, sin embargo, a los jueces nacionales un amplio, fuerte y apremiante control de convencionalidad, más parecido al demandado a los jueces nacionales de los países de la Unión Europea por el Tribunal de Justicia de esta. Así, el caso líder *Almonacid Arellano*, de la Corte Interamericana, puede ser visualizado como la versión (tal vez aumentada) hemisférica americana del caso europeo *Simmenthal*. En los dos ámbitos, el juez nacional funciona básicamente como agente u operador del sistema regional respectivo.

6. En términos comparativos, puede sostenerse que la jurisprudencia de la Corte Interamericana presenta, en particular en los últimos años, y merced a la doctrina del control de convencionalidad, una penetración más acentuada y exigente del derecho regional de los derechos humanos en los Estados nacionales que la producida en los medios europeos.

7. Puede concluirse que, en lo esencial, y tanto en Europa como en el caso interamericano, el control de convencionalidad doble (por las cortes íter o supranacionales, y por los jueces nacionales) responde a una construcción jurisprudencial que ha realizado una interpretación mutativa por adición de los textos originales que instrumentaron a los tribunales del caso.

8. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resultado tal vez más precisa en el enunciado de la doctrina del control de convencionalidad que deben practicar los jueces nacionales, aunque lo ha hecho de modo evolutivo y progresivo, por lo que resulta obligado concordar las sentencias clave que paulatinamente lo han ido delimitando. Al respecto, ha explicitado ciertos mecanismos procesales y sustantivos para verificarlo (actuación a pedido de parte o de oficio, normas sometidas al escrutinio, consecuencias del acto de control), en tanto que ha dejado otras cuestiones parcialmente indefinidas (el punto más preocupante, sin duda, es el de los sujetos que deben llevarlo a cabo: si todos los jueces, como propicia la mayoría de la doctrina especializada, o solamente los habilitados para realizar control de constitucionalidad). Pero en definitiva, puntos oscuros aparte, los jueces nacionales tienen directrices bastante suficientes acerca de qué deben hacer al respecto. Las fórmulas empleadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en algunos aspectos, no han sido tan concretas.

9. Mediante el control de convencionalidad, con su doble rol de purificar el sistema en juego de normas y prácticas nacionales opuestas a él, y de guiar el funcionamiento (interpretación y aplicación) de estas últimas según las pautas del sistema íter o supranacional, es factible construir un nutrido *ius commune* regional en derechos humanos, realizado conjuntamente por el tribunal u órgano íter o supranacional y los jueces nacionales. Su éxito depende de dos factores: la legitimidad intrínseca del *ius commune* así elaborado, y la voluntad de seguimiento por parte de los Estados miembros del sistema regional.

10. La idea de un derecho internacional, o en su caso, supranacional o comunitario, que se imponga automática e irremisiblemente a los derechos nacionales (en particular, a las constituciones locales), y cuya primacía tenga que ser implementada siempre y *a fortiori* por los tribunales internos, mediante el control de convencionalidad, no es una tesis que impere de modo concluyente en Europa, por más que haya sido pregonada por los órganos más relevantes de la jurisdicción supranacional o comunitaria allí imperantes. Existen diversas modalidades nacionales para realizar un filtro o test de constitucionalidad (en particular, con los tramos más fundamentales de la constitución), de aquel derecho internacional, supranacional o comunitario, y

de vez en cuando, de las sentencias de aquella jurisdicción europea superior. En el sistema interamericano, explícita o indirectamente, en algunos Estados se plantea una posición precautoria parecida, o incluso, ocasionalmente, de “nacionalismo constitucional absoluto” o rígido (en el fondo, alérgico al control de convencionalidad), aunque en otros el control de convencionalidad reclamado por la Corte Interamericana tiende a ser severo y firme, por encima de las disposiciones constitucionales.

11. Un recurso muy común en el derecho europeo, en particular en Alemania, Francia y España, es el empleo de la interpretación “conforme” del derecho nacional, incluyendo el constitucional, con los tratados de derechos humanos, a fin de evitar la confrontación entre el primero y los segundos. Tal técnica de adaptación, y de exégesis armonizante, algunas veces casi forzada, puede evitar declaraciones de inconventionalidad de normas domésticas, o actitudes evasivas de los convenios por parte de los Estados. Se trata de un mecanismo básicamente funcional, incluso propiciado por la Corte Interamericana en *Radilla Pacheco* y otros veredictos posteriores, y que, inteligentemente aplicado, se muestra provechoso para evitar choques frontales y resolver con criterio práctico situaciones conflictivas.

12. Queda claro que el control de convencionalidad no se ciñe a la tutela de la Convención Americana de Derechos Humanos, del Tratado de Lisboa y sus complementos, o del Convenio Europeo de Derechos Humanos, aunque en estos supuestos es más evidente porque hay organismos jurisdiccionales, supranacionales o internacionales, de custodia de esos instrumentos, que dictan resoluciones con pretensiones jurídicas de obligatoriedad. También puede haber control de convencionalidad respecto de otros convenios, como los pactos internacionales de derechos civiles y políticos y de derechos económicos y sociales, por ejemplo.

13. El control de convencionalidad interamericano, en materia de derechos económico-sociales, es todavía incipiente, aunque existan significativos avances en materia de derecho de familia, del niño y de la mujer, de propiedad comunal aborígen, de libertad sindical y de derecho a una vida digna, entre otros temas<sup>1</sup>.

Se puede definir el control de convencionalidad como el acto de control que efectúa el juez nacional en cuanto a la conformidad de la norma interna respecto de la norma internacional y, más específicamente, en cuanto a la conformidad de la ley a los tratados internacionales respecto de los cuales el Estado ha consentido en obligarse<sup>2</sup>.

1 SAGÜÉS, N. P. *El control de convencionalidad en el Sistema Interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el Sistema Europeo*. En *Revista Universidad Nacional Autónoma de México*. 2015, 381-417.

2 AGUILAR CAVALLO, G. *El control de convencionalidad: análisis en derecho comparado*. En *Revista Direito*. 2013, 721-754.

Es así como alguna parte de la doctrina internacional ha establecido que el control de convencionalidad no solo opera ante la interpretación de normas contenidas en tratados, sino también en las interpretaciones que se hacen a través de distintos instrumentos internacionales de derechos humanos, así como también las mismas opiniones consultivas o las recomendaciones y observaciones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, cuando con base en una norma de una convención internacional de derechos humanos que ha sido ratificada por un Estado emiten recomendaciones para adecuar las legislaciones nacionales a los parámetros convencionales de los tratados ratificados.

### *1.2. Control de convencionalidad difuso*

Si bien el control de convencionalidad se tiene como el que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con el control normativo entre los ordenamientos jurídicos y la Convención Americana de los Derechos Humanos, esta investigación pretende resaltar la importancia de que exista un control convencional desconcentrado o difuso en cabeza de los tribunales arbitrales, que debe ser punto de partida al momento de proferir el laudo en que se da por terminado el proceso arbitral y que no se reduce a la actividad que de forma concentrada se hace en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por ejemplo, en México existe evidentemente control de convencionalidad difuso, tal y como lo explica Luis Fernando Angulo Jacobo<sup>3</sup> y lo ratifica Eduardo Ferrer Mac-Gregor<sup>4</sup>.

A partir de la determinación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*<sup>5</sup> y de la resolución de la SCJN al decidir sobre la consulta presentada por el ministro Guillermo Ortiz Mayagoitia (PJF) ante dicha sentencia, todos los juzgadores mexicanos, tanto aquellos que pertenecen al fuero federal como los del fuero común, se encuentran obligados a aplicar e interpretar los tratados internacionales de la manera más beneficiosa para la persona.

Paralelamente, la reforma al artículo 1 constitucional, la cual modifica nuestra Carta Magna a efecto de elevar a rango constitucional la obligación de interpretar en todo momento dicha norma a la luz de los tratados interna-

3 ANGULO JACOBO, L. F. *El control difuso de convencionalidad en México*. En *Revista del Instituto de Justicia Federal*. 2013, 71-90.

4 FERRER MAC-GREGOR, E. *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*. En *Revista Universidad Autónoma de México*. 2010, 562-563.

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, 2009. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_209\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_ing.pdf)

cionales en materia de derechos humanos para favorecer la protección más amplia de las personas.

A raíz de lo anterior, el control de constitucionalidad y de convencionalidad concentrado pasó a ser un control difuso, que permite a todos los juzgadores del país aplicar, analizar e interpretar los derechos humanos, su protección y cumplimiento dentro de las normas secundarias. Es por esto que el perfil del juzgador mexicano ha cambiado radicalmente, requiriendo personas capacitadas no solo en la aplicación irrestricta de las normas jurídicas, sino en la interpretación, protección y defensa de los derechos humanos a nivel nacional e internacional.

La entrega de una solución adecuada y justa, en el orden interno, impide que el justiciable se vea expuesto a un extenso proceso ante el Sistema Interamericano y, al mismo tiempo, implica dotar y llenar de contenido la labor de la judicatura, que está obligada a aplicar el ordenamiento vigente, del cual forman parte los tratados internacionales, ratificados y que se encuentren vigentes; asimismo, no se debe olvidar que en virtud del inciso segundo del artículo 5 de la Constitución, dichos instrumentos en materia de derechos humanos, además, limitan el ejercicio de la soberanía estatal. En esta línea, la tarea de conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado debe ser conforme a derecho, debiéndose y pudiéndose aplicar directamente las normas internacionales incorporadas al derecho interno. En efecto, no cabe olvidar que los derechos recogidos en dichos instrumentos se incorporan válidamente al derecho interno, pasando a ser parte del ordenamiento jurídico vigente del Estado de Chile<sup>6</sup>.

Desde Argentina y planteando la misma perspectiva de aceptación del control de convencionalidad difuso en países como Uruguay, Panamá, Costa Rica y otros ya mencionados, Néstor Pedro Sagüés explica:

La duda nace porque en algunas sentencias, como en *Trabajadores cesados del Congreso*, la Corte Interamericana, al describir el control de convencionalidad, explica que “los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad [...] evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes”. Acto seguido aclara que el control debe verificarse teniendo en cuenta los presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones (considerando 128). Estas frases pueden entenderse, en una primera aproximación, como que reserva el aludido test de convencionalidad a los jueces que practican el control de constitucionalidad, y siempre dentro de los cánones y moldes rituarios nacionales pertinentes. Si así fuera, el juez no autorizado para

6 VALENZUELA VILLALOBOS, W. *Dos teorías sobre la implementación práctica del control de convencionalidad difuso en Chile a partir de la experiencia mexicana*. En *Revista Universidad Nacional Autónoma de México*. 2015, 517-552.

invalidar las normas inconstitucionales (como ocurre con el juez ordinario en Uruguay, Panamá, Costa Rica, Chile, y en buena medida en México, *v. gr.*), tendría que remitir el expediente donde apareciera una cuestión de convencionalidad, al órgano jurisdiccional habilitado para concretar lo primero. Lo que resultaría jurídicamente absurdo, eso sí, es que nadie practicara, en el ámbito nacional, dicha faceta del control de convencionalidad.

Paralelamente, cabe alertar que para realizar el control de convencionalidad “constructivo” o “positivo”, todo juez está autorizado (y obligado, añadimos) para ello, ya que en tal hipótesis no va a declarar inconvencional a ninguna norma, es decir, no va a invalidarla, sino que solamente va a hacer funcionar e interpretar a un precepto del derecho interno según el Pacto de San José y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, circunstancia que está suponiendo que la norma nacional del caso puede ser compatible con estos parámetros, y que se la adapta a ellos. Esta tesis, que habíamos anticipado, es básicamente compartida por el juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor en su ilustrado voto concurrente y razonado, en *Cabrera García-Montiel Flores*<sup>7</sup>.

Es así como este tipo de control se ha definido como “una nueva manifestación de la ‘constitucionalización’ o ‘nacionalización’ del derecho internacional” dado que “los jueces nacionales se convierten en ‘guardianes’ de la convencionalidad”<sup>8</sup>. En vista de lo anterior, constituye un deber de los jueces nacionales la aplicación de tratados internacionales y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, teniendo por extensión incluso la orientación que sea emitida por otros tribunales internacionales vinculantes; es decir, debe realizarse, en el contexto interno, el ejercicio constante de control de convencionalidad difuso, que se mencionó de forma previa<sup>9</sup>. De manera que los jueces internos dejan de ser exclusivamente “aplicadores de la ley nacional, sino que tienen además, una obligación de realizar una ‘interpretación convencional’, verificando si dichas leyes que aplicaren a un caso particular, resultan ‘compatibles’ con la CADH”<sup>10</sup>.

7 SAGÜÉS. *El control de convencionalidad en el Sistema Interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales*, cit., 381.

8 FERRER MAC-GREGOR, E. *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. el nuevo paradigma para el juez mexicano*. En *Revista Universidad Autónoma de México*. 2010, 562.

9 BENAVENTE CHORRES, H. *El juez de control como garante de convencionalidad de las normas en el nuevo proceso penal mexicano*. En *Revista Estudios Constitucionales*. 2012, 159.

10 FERRER MAC-GREGOR. *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad*, cit., 563.

### 1.3. Control de convencionalidad concentrado

El control de convencionalidad concentrado es aquel que, en palabras de García Ramírez<sup>11</sup>, incumbe, original y oficialmente, a la Corte Interamericana cuando se trata de examinar casos de los que aquella conoce y a los que aplica normas conforme a su propia competencia material. De ahí que haya aludido a un control propio, original o externo.

Lo anterior puede explicarse en los términos en que lo hace este mismo autor, actuando como magistrado, en su voto razonado concurrente a propósito del caso *Tibi vs. Ecuador*, cuando establece lo que implica este control concentrado mediante una analogía con las jurisdicciones internas, al decir que “si los tribunales constitucionales controlan la ‘constitucionalidad’, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la ‘convencionalidad’ de esos actos”<sup>12</sup>; misma función que desde sus primeras sentencias ha realizado la Corte Interamericana, toda vez que para determinar una violación necesariamente acude a la Convención para aplicarla al caso concreto. Bajo este entendido, por vía jurisprudencial la Corte Interamericana se ha autonombrado como el único y máximo intérprete de dicha Convención.

### 1.4. Control de convencionalidad en Asia

Como se explicó anteriormente, los sistemas regionales de derechos humanos, específicamente los sistemas europeo, americano y africano, son medios que permiten el desarrollo y la aplicación del control de convencionalidad a los Estados, siempre y cuando estos hagan parte de los instrumentos internacionales que los obligan a cumplir y adoptar cualquier medida legislativa o de otra índole para cumplir las obligaciones contraídas en estos tratados internacionales. Sin embargo, en el momento de emprender el estudio de los sistemas regionales de derechos humanos en los demás continentes encontramos que Asia no posee un sistema de protección de derechos humanos, y a pesar de que ha habido múltiples intentos de acercamiento entre los países asiáticos para que se formalice un sistema regional de derechos humanos, los esfuerzos han sido nulos. Se podría decir que los factores que impiden que en Asia se logre un sistema de tal magnitud es que los países del continente temen ceder soberanía, lo cual es comprensible, pues si se adopta la tesis del control de convencionalidad, es claro que se podrá ordenar, a los Estados que hagan parte del instrumento internacional de derechos humanos, que las disposiciones normativas nacionales que contraríen las normas convencio-

11 GARCÍA RAMÍREZ, S. *El control judicial interno de convencionalidad*. En *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*. 2011, 126.

12 CIDH. *Caso Tibi con Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2004. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_114\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_ing.pdf)

nales sean reformadas para que sean acordes a las normas internacionales. Esto con el fin de adecuar su legislación al instrumento internacional y de que exista una interpretación armónica. Además, debe considerarse que los Estados asiáticos son muy competitivos en materia mercantil y que algunos sectores económicos consideran que los acuerdos comerciales no deben estar condicionados a aspectos de derechos humanos.

No obstante, la Oficina Regional de la OACDH para Asia y el Pacífico proporciona apoyo a los países del Sureste Asiático en: el establecimiento de un mecanismo regional de derechos humanos; la ratificación de instrumentos internacionales de derechos humanos; la aplicación de las recomendaciones de los órganos creados en virtud de tratados y de los procedimientos especiales; la elaboración de medidas de lucha contra el terrorismo que se ajusten a las normas internacionales de derechos humanos; el fortalecimiento de la administración de justicia; la reforma legislativa, y el desarrollo de programas de educación en materia de derechos humanos. La Oficina Regional se centra en ofrecer programas de formación sobre derechos humanos a los diferentes grupos destinatarios con el fin de fortalecer la capacidad de los países para promover y proteger los derechos humanos. Trabaja estrechamente con el Foro de Asia y el Pacífico para promover, cuando así se requiera, la creación o el fortalecimiento de instituciones nacionales de derechos humanos, de conformidad con los Principios de París<sup>13</sup>.

Se puede observar entonces que estos mecanismos no son vinculantes para los Estados asiáticos y que no existe ningún tribunal internacional que pueda aplicar un control de convencionalidad al sistema judicial nacional de los países asiáticos, pues no existe ningún instrumento judicial internacional ratificado por los Estados asiáticos y que los obligue a concertar las normas nacionales con las normas internacionales de derechos humanos adquiridas en los tratados internacionales.

### *1.5. Control de convencionalidad en África*

La aplicación del control de convencionalidad en los distintos sistemas del mundo se ha realizado a través de instrumentos internacionales que han ratificado o a los que se han adherido los distintos países. Esta ha sido la génesis de la aplicación por los tribunales internacionales del control de convencionalidad, pues es deber de los Estados respetar y cumplir las obligaciones contraídas en estos acuerdos, aun más si son en materia de derecho humanos. Es decir, no se trata solo la experiencia relacionada con América Latina con respecto a la protección de los derechos humanos, sino también

13 Véase: <http://www.exteriores.gob.es/RepresentacionesPermanentes/Oficina-delasNacionesUnidas/es/quees2/Paginas/Otros%20Organismos%20y%20Fondos/OACDH-y-CDH.aspx>

la de los demás sistemas de protección que de estos existen en el mundo, siendo importante lo que pueda entenderse como un control ampliado de convencionalidad difuso que se dé en cada zona del orbe.

Por ejemplo, no siendo una zona de acción directa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el sistema regional africano marca un hito de interés que debería ser estudiado por la academia y los tribunales internacionales, en un contraste donde puede existir un gran porcentaje de vulneración de derechos de este tipo en la población pero contrastado, además, con un alto porcentaje de desprotección, que constituye un hecho notorio en la experiencia internacional. Esta travesía africana no podría ser considerada igual a la del sistema europeo o a la del sistema interamericano, pues cada itinerario presenta particularidades que lo identifican y acompañan: posee tiempos y movimientos propios, tiene “estilo” característico, remonta obstáculos singulares<sup>14</sup>.

La travesía africana comienza en la segunda mitad del siglo xx, cuando los Estados del continente proclaman su soberanía y, al adherir a la organización de la Naciones Unidas, se van incorporando casi por inercia a tratados internacionales de derechos humanos. Es así como, el 27 de junio de 1981, la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la entonces Organización de la Unidad Africana<sup>15</sup> adopta la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (en adelante, Carta Africana o Carta), en Nairobi, Kenia. Este tratado es el primer instrumento africano de derechos humanos, resultado del largo proceso de adopción del concepto mismo de “derechos humanos” que los Estados africanos hicieron suyo para alcanzar su independencia, principalmente durante los años 1960. La Carta incorpora derechos culturales propios de África, y se crea un sistema integrado por la Comisión Africana de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos. Cabe observar al respecto que dicho sistema presenta muchas similitudes con los otros sistemas regionales de protección de derechos humanos, pese a lo cual, como se mencionó al comienzo de esta sección, no puede desconocerse que el contexto de creación de este sistema es muy diferente al del sistema europeo y americano, en razón de que deben tenerse en cuenta factores políticos, culturales y económicos, sumados a los problemas propios de los países subdesarrollados, que se deben incorporar a la interpretación de la Carta Africana de Derechos y a la estructura de los mecanismos para lograr la efectiva protección de estos.

14 Véase: <https://www.escri-net.org/es/recursos/sistemas-regionales>

15 Sustituida por la Unión Africana a partir de la adopción de su Acta Constitutiva el 11 de julio de 2000 en Lomé, Togo, en vigor desde el 26 de mayo de 2001. Este instrumento puede consultarse en la página de African Union: [http://www.africa-union.org/root/au/AboutAU/Constitutive\\_Act\\_en.htm](http://www.africa-union.org/root/au/AboutAU/Constitutive_Act_en.htm)

En el Sistema Africano, los 53 Estados que integran la Unión Africana hacen parte de la Carta, lo cual significa que todos ellos se encuentran obligados a garantizar los derechos contemplados en la misma, y que están sometidos a los procedimientos de supervisión y control de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>16</sup>, estructura que evoca cooperación y compromiso por parte de los Estados africanos con el respeto de los derechos humanos en el ámbito nacional e internacional.

La Carta Africana de Derechos Humanos incorpora en un mismo documento todos los derechos humanos, a diferencia de los sistemas europeo y americano que los consagran en diferentes instrumentos. Ya el preámbulo de la Carta señala que “los derechos civiles y políticos no pueden dissociarse de los derechos económicos, sociales y culturales en su concepción y universalidad, y que la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales es una garantía para el disfrute de los derechos civiles y políticos”<sup>17</sup>.

En el Sistema Africano, la Comisión Africana de Derechos Humanos realiza recomendaciones a los Estados con relación a las formas en que se considera que debe realizarse la reparación integral de una persona que ha sido víctima de vulneración de alguno de sus derechos humanos, tanto cuando se genera de forma específica o individual como cuando se hace de forma colectiva, es decir, cuando implica la vulneración de un grupo de personas<sup>18</sup>, y sobre derechos de primera, segunda y tercera generación. Este aspecto ha convertido a la Comisión Africana en el primer organismo en el mundo que puede conocer de casos específicos por violaciones a derechos económicos, sociales, culturales y de los pueblos, lo cual no tiene parangón en ningún otro sistema internacional o regional de derechos humanos<sup>19</sup>.

La Corte Africana de Derechos Humanos es el último peldaño en el Sistema Africano de Derechos Humanos. Se trata de un órgano judicial, a diferencia de la Comisión, y fue creada mediante el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para el Establecimiento de una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, adoptado en 1998 y en

16 En el ámbito del Sistema Europeo de Derechos Humanos se establece como un requisito inexcusable para la membresía del Consejo de Europa, órgano dentro del cual se enmarca este sistema, la aceptación obligatoria del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, mientras que este requisito no existe en el marco de la Unión Africana, por lo que es todavía más destacable la amplia aceptación de la Carta por parte de los Estados africanos.

17 “*That civil and political rights cannot be dissociated from economic, social and cultural rights in their conception as well as universality and that the satisfaction of economic, social and cultural rights is a guarantee for the enjoyment of civil and political rights*” (párr. 7.º).

18 UMOZURIKE, O. *The Complaint Procedures of the African Commission on Human and Peoples’ Rights*. La Haya: International Human Rights Monitoring, 2001, 711.

19 ÁLVAREZ SAAVEDRA, Y. *El Sistema Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos*. En *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. 2008, 67.

vigor desde el 25 de enero de 2004<sup>[20]</sup>. La Corte puede ordenar reparaciones y dictar sentencias obligatorias para los Estados, así como responsabilizar a los mismos por violaciones a los derechos fundamentales.

El Sistema Africano de Derechos Humanos es relativamente novedoso. La actividad de la Corte Africana, reflejada en su jurisprudencia y en sus opiniones consultivas, no podría evidenciar si en realidad existe un control de convencionalidad en los Estados africanos. Sin embargo, la Carta Africana de Derechos Humanos en su artículo 1 estipula que “[l]os Estados miembros de la Organización para la Unidad Africana firmantes de la presente Carta reconocerán los derechos, deberes y libertades contemplados en esta Carta y se comprometerán a adoptar medidas legislativas o de otra índole con el fin de llevarlos a efecto”<sup>21</sup>.

Es decir que los Estados africanos tienen el deber de armonizar los preceptos legales de su ámbito nacional con este instrumento internacional, lo cual da a entender la aplicación del control de convencionalidad por medio de esta norma jurídica internacional, pues los sistemas judiciales nacionales de África deben hacer concertar los preceptos legales nacionales con las normas que se establecen en este instrumento internacional. A esto se suman la facultad que tiene la Corte Africana de imponer cualquier reparación a la víctima y el hecho de que los Estados se han comprometido a adoptar medidas legislativas o incluso de otra índole, lo que dejaría un amplio margen de interpretación para que la Corte pueda obligar a los Estados a modificar las normas del sistema judicial nacional de cualquier Estado que haga parte de la Unidad Africana cuando contraríen lo establecido en la Carta Africana de Derechos Humanos.

## 2. LOS LAUDOS ARBITRALES

### 2.1. *Nociones generales*

Es menester hacer mención, de antemano, del arbitramento como mecanismo alternativo de solución de conflictos fundamentado en el contenido del artículo 116 de la Constitución Política colombiana, en donde se establece: “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”. La vía arbitral se erige entonces de manera paralela a la administración de justicia propia del Estado, para dirimir conflictos que por lo general se derivan de una rela-

20 MALCOM, E. y MURRAY, R. *The African Charter on Human People's Rights – The System in Practice, 1986-2000*. Reino Unido: Cambridge University Press, 2002.

21 Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981).

ción negocial o contractual, asuntos que, cabe decir, son de libre disposición autorizados por la ley.

Hablar de laudos arbitrales, como es de suponerse, advierte la preexistencia de un proceso arbitral regido por una base principialista de la que se predica imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción, en congruencia con el artículo 1.º de la Ley 1563 de 2012. Proceso que a su vez es producto de un acuerdo entre las partes, denominado pacto arbitral o pacto compromisorio, contenido en la cláusula compromisoria o compromiso. De allí que el principio de la autonomía de la voluntad sea el soporte sobre el cual se edifica el sistema de arbitramento en Colombia.

Dentro del marco jurídico colombiano sobre el arbitraje, el enunciado normativo del mismo artículo 1.º superior define el laudo arbitral como “la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje”.

En conclusión, el laudo arbitral es el fallo que los árbitros profieren para dar fin a situaciones litigiosas, obligando a las partes que voluntariamente acuerdan optar por dicha vía alternativa de solución de conflictos.

## 2.2. Características

El sentido del laudo arbitral puede ser en derecho, en equidad o técnico, debiendo las partes elegir alguna de estas modalidades en el pacto, pues en caso contrario se entiende que se trata de un laudo arbitral en derecho, conforme al artículo 3 del Estatuto Arbitral.

“El laudo en derecho conlleva que para la decisión los árbitros deben apoyarse en la normatividad sustancial y procesal pertinente y seguir en un todo los derroteros fijados en las correspondientes disposiciones”<sup>22</sup>. A su turno, “[l]a providencia será en equidad cuando: a) El juez o el árbitro inaplica la ley al caso concreto porque considera que ella es inicua o que conduce a una iniquidad; b) El juez o el árbitro busca por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido”<sup>23</sup>. El laudo técnico, por su parte, dirime conflictos que versan sobre cuestiones atinentes a aspectos técnicos o artísticos, por lo cual los árbitros serán expertos en la ciencia, arte u oficio que requiera el caso en concreto.

Independientemente del sentido del fallo, los árbitros, al estar investidos provisionalmente, por mandato constitucional, de la facultad de administrar justicia, deben también actuar conforme al bloque de constitucionalidad, sin violar disposiciones constitucionales.

Laudo arbitral no es sinónimo de laudo arbitrario, por lo que, independientemente del sentido del fallo, es decir, sin importar si es en derecho, en equidad o técnico, debe ser motivado.

22 LÓPEZ BLANCO, H. F. *Proceso arbitral nacional*. Bogotá: Dupré Editores, 2013, 71.

23 *Ibíd.*, 75.

### 2.3. Ejecución

La ejecución de los laudos arbitrales resulta siendo uno de los principales del arbitraje internacional en el mundo, porque termina dependiendo de la compatibilidad de instrumentos internacionales, como la Convención de Nueva York, con el ordenamiento jurídico interno de cada Estado. Además existiendo respecto de la interpretación de estas normas internas frente a la Convención referida dos posturas doctrinales: la contractualista, que pone en la cúspide la intención de las partes que pactaron habilitar un proceso como el arbitral, y la jurisdiccional, que pone en la cúspide la obligatoriedad de las normas procesales, lo que ha sido criticado por los contractualistas que conciben que dicha postura desnaturaliza el arbitraje. Hay que señalar que dicha disputa debe superarse teniendo en cuenta las virtudes de cada una de las posturas para hacer que el laudo proferido realmente sea ejecutable. Si bien uno de los poderes de un administrador de justicia, como lo es el árbitro, es el de ejecución de sus decisiones, en el proceso arbitral la materialización o reconocimiento de la decisión arbitral internacional no depende solo del tribunal internacional que lo ha proferido sino de la coherencia y efectividad que tengan lugar en el Estado en donde se ejecutará la decisión. Por ejemplo, en la experiencia colombiana se confundió con figuras como la del exequátur, por más de veinte años, razón por la cual no se consideraba una de las sedes arbitrales a Colombia, que fuera de elección de personas provenientes del extranjero.

### 2.4. Anulación

Frente a la anulación, como recurso extraordinario del arbitraje, debe decirse que sus causales son taxativas, relacionadas con aspectos procedimentales, y que en nada se conectan con la vulneración de los derechos que protegen en el ejercicio del control de convencionalidad.

Tal y como lo explica Herrera Mercado, “las causales de anulación del laudo arbitral están centradas en aspectos de carácter formal, relativos, esencialmente, a casos de defectos del convenio arbitral, resolución de controversias no incluidas en el convenio arbitral y vicios concernientes al cumplimiento del procedimiento”<sup>24</sup>.

### 2.5. Revisión

Respecto del recurso de revisión de los laudos arbitrales hay que afirmar que, al igual que la anulación, no puede utilizarse como una segunda instancia, ni

24 HERRERA MERCADO, H. *La impugnación de los laudos arbitrales: análisis legal y jurisprudencial*. Bogotá: Legis, 2014, 5.

tampoco se tiene como recurso, sino como acción; y además, por ser extraordinario tiene unas causales taxativas que no están relacionadas en sí mismas con poder discutir de fondo el asunto en los casos en que, por ejemplo, se haya decidido en contravía de un pacto como el de San José de Costa Rica.

Lo anterior se puede evidenciar en este breve recuento respecto de las causales de procedencia de este mecanismo:

La causal tipificada en el numeral 1, permite corregir circunstancias no conocidas –aparición de documentos esenciales– al momento de proferirse el laudo o la providencia que resuelve el recurso de anulación, y que de haber sido conocidas, hubieran dado lugar a un fallo distinto; las causales consagradas en los numerales 2 a 5, se fundan en la necesidad de obtener una decisión en torno al arbitramento conforme a derecho, frente a la ocurrencia de hechos delictivos o fraudulentos que fueron decisivos en la adopción del laudo arbitral o la sentencia de anulación que se busca dejar sin efectos; por su parte la causal 6, busca restablecer el debido proceso, al permitir desconocer el fallo producto de una colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso alusivo al arbitraje; a su vez la causal 8, permite corregir una nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso que no era susceptible del recurso; y finalmente, la causal número 9, protege tanto el debido proceso como la intangibilidad de la cosa juzgada, desconocida con la decisión que es objeto de revisión<sup>25</sup>.

## 2.6. Control constitucional

El control constitucional es entendido como el instrumento para proteger de modo efectivo los derechos concebidos en un texto normativo de reconocimiento de las demás normas de un Estado, por lo que deberá ser realizado de manera constante por los tribunales constitucionales de forma concentrada y por todos los jueces de un Estado de forma difusa, lo que no es una obligación que presente excepción en el caso de la administración de justicia que realiza un particular en la calidad de árbitro.

Por esta razón, al aplicar el control constitucional la Corte ha sido clara en afirmar que, si bien es cierto que cuando los mecanismos de defensa judicial de los que disponen las partes para ejercer su derecho de defensa se encuentran en curso o no se han agotado la acción de tutela contra una providencia judicial es improcedente, sin embargo, al analizar la idoneidad de los mecanismos ordinarios y extraordinario de defensa que proceden contra violaciones de derechos fundamentales que tienen lugar en laudos arbitrales, se evidencia que no existen directamente estos instrumentos.

Ejemplo claro de lo anterior se tiene en la sentencia T-972 de 2007, en la que la Corte abordó una acción de tutela promovida contra un laudo arbitral. En el caso anterior el solicitante de la tutela, pero las causales taxativas del

25 *Ibíd.*, 243.

recurso de anulación no describían la situación vulneratoria de los derechos humanos del mismo, motivo por el cual se concluyó que el recurso no era un mecanismo judicial idóneo para la protección oportuna de los derechos fundamentales. Sin embargo, la Corte Constitucional consideró:

No obstante tal conclusión no puede entenderse como una regla absoluta, pues en ciertos casos cuando el recurso de anulación es manifiestamente ineficaz para subsanar los defectos alegados por el peticionario en sede de tutela, es desproporcionado e irrazonable requerir su agotamiento previo para acudir al mecanismo judicial, pues tal exigencia supondría poner en marcha un proceso judicial manifiestamente inconducente y sin posibilidades de satisfacer las pretensiones reclamadas, especialmente por el carácter extraordinario del recurso de revisión que limita la competencia de la jurisdicción para examinar el laudo arbitral a las causales estrictamente señaladas por la ley. Una exigencia en tal sentido sería abiertamente contraria a los principios que rigen la administración de justicia señalados por el artículo 228 constitucional.

Lo anterior no significa que se exima a los demandantes de cumplir con el agotamiento de los medios judiciales a su disposición para atacar los laudos, especialmente el recurso extraordinario de anulación, antes de acudir a la acción de tutela, por el contrario se insiste en que esta carga sigue siendo la regla general para que proceda la garantía constitucional contra un laudo arbitral, sin embargo, en ciertos casos, cuando los medios judiciales sean manifiestamente ineficaces para controvertir los defectos alegados en sede de tutela, por no encajar éstos dentro de las causales legalmente señaladas, podrá acudirse directamente al amparo constitucional.

Corresponderá entonces al juez de tutela, en cada caso concreto, determinar si el demandante debía agotar previamente los medios judiciales a su disposición para controvertir el laudo arbitral de conformidad con lo antes señalado<sup>26</sup>.

En un mismo sentido, en la sentencia T-058 de 2009, la Corte, al revisar una acción de tutela interpuesta por una persona jurídica contra un laudo arbitral. En el anterior caso, si bien se encontraba en trámite el recurso de anulación, no se tenía por improcedente el mecanismo de amparo constitucional, toda vez que este recurso no es el mecanismo idóneo para la protección de derechos fundamentales, así que no se opone a la interposición simultánea de la acción de tutela con otras acciones judiciales, cuando su finalidad y alcance son distintos, como ocurre en el caso expuesto. Manifestó Corte:

5.7.1 Ahora bien, como lo ha expresado esta Corporación, los mecanismos de control del procedimiento arbitral no fueron diseñados por el legislador para

26 Corte Constitucional. Sentencia T-972 de 2007. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/t-972-07.htm>

revisar integralmente la controversia resuelta por los árbitros, como podría ocurrir si se tratara de una segunda instancia en virtud del recurso de apelación. Es más, por ejemplo, las causales para acudir al recurso de anulación son limitadas si se comparan con las motivaciones que se pueden alegar y sustentar durante el trámite del recurso de apelación. Incluso, la Corte ha precisado que “los jueces de anulación deben restringir su estudio a las causales específicamente invocadas por los recurrentes, dentro del marco restrictivo fijado por el legislador”<sup>27</sup>.

Así mismo al estudiar una demanda de tutela en la sentencia T-790 de 2010, en la que la controversia provenía de un defecto orgánico al conocer de un asunto a pesar de haber perdido ya competencia para ello, se consideró que el recurso extraordinario de revisión no era el mecanismo idóneo para la oportuna protección de los derechos fundamentales del accionante, debido a que los defectos atribuidos al laudo no se ajustaban a las causales taxativas de procedencia. En este sentido la Corte se pronunció al respecto:

[...] En consecuencia, no es cierto que el demandante dispone de otros mecanismos judiciales de defensa de sus derechos fundamentales más idóneos y eficaces que la acción de tutela. El recurso extraordinario de revisión en este caso concreto, aunque se encuentra en curso, no es idóneo para lograr la pronta protección de los derechos fundamentales del tutelante, puesto que los defectos atribuidos al laudo no se encuadran dentro de sus causales taxativas de procedencia. Además, como se indicó en la sentencia T-058 de 2009, nada se opone a que un tutelante promueva simultáneamente la acción de tutela y otros recursos contra el laudo arbitral, cuando su alcance y naturaleza son distintos<sup>28</sup>.

Así se puede concluir que al aplicar el control constitucional sobre los laudos arbitrales, los recursos que proceden contra estas providencias no son los más idóneos y eficaces para garantizar la protección constitucional de los derechos fundamentales, pues la legislación y la jurisprudencia restringen las facultades del juez que conoce de dicho recurso a la mera valoración de las causales previstas en las normas que regulan la materia.

### 3. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LOS LAUDOS ARBITRALES

#### 3.1. *Nociones generales*

Si bien es claro que el proceso arbitral indudablemente es un escenario en donde se puede presentar vulneración de derechos humanos, incluso fun-

27 Corte Constitucional. Sentencia T-058 de 2009. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-058-09.htm>

28 Corte Constitucional. Sentencia T-791 de 2010. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-791-10.htm>

damentales, no existe un consenso claro respecto de la posibilidad de dejar sin efectos un laudo arbitral por estas razones. Es decir, no es claro si las decisiones que se toman en el proceso arbitral pueden ser objeto de control de convencionalidad. Las corrientes jurídicas muestran una interacción inadecuada entre los derechos humanos y los derechos que se tutelan en un laudo arbitral; de igual manera, los múltiples sistemas jurídicos del mundo han establecido el recurso de anulación como único mecanismo procesal para invalidar un laudo, estableciendo como requisito que solo podrá usarse cuando existan defectos de forma, lo cual limita y obstaculiza el acceso a un control que estudie aspectos sustanciales, como violaciones a derechos humanos, normas convencionales contenidas en tratados internacionales de derechos humanos, y que es deber de aplicación de los Estados.

Lo anterior evidencia que existe una postura generalizada en el mundo que considera que no es susceptible que se aplique el control de convencionalidad a los laudos arbitrales. Es por ello que esta investigación consideró de vital importancia realizar un análisis desde el punto de vista del derecho comparado para establecer qué mecanismos procesales existentes en las diferentes legislaciones y en la doctrina del mundo pueden permitir realizar un control de convencionalidad en los laudos arbitrales. Al presentar una propuesta de posible control de convencionalidad de los laudos arbitrales, este artículo se arriesga a estructurar una “historia que aún no ha sido contada”, para la cual el camino iniciará en la experiencia que ha tenido esta posibilidad desde Europa hasta América, pero sin dejar de lado África ni Asia, para luego presentar una visión contextualizada en el caso de Colombia.

### *3.2. El control de convencionalidad de los laudos arbitrales en Europa*

En Europa, los organismos jurisdiccionales encargados de ejercer la protección del sistema regional de protección de derechos humanos han sido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE; actualmente de la Unión Europea, TJUE) respectivamente se convirtieron en los supremos intérpretes de los ordenamientos jurídicos que crearon los tratados constitutivos de uno u otro. De esta manera, se podría afirmar que el control de convencionalidad nace en Europa, pues el deber de leal cooperación de los Estados nacionales para la implementación del derecho de la Unión es fundamental, y desde hace más de 40 años que el TJCE (hoy TJUE) se ha preocupado por establecer que los tribunales nacionales deben dar primacía a este nuevo ordenamiento jurídico, señalando que el derecho de la Unión es un “ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados Miembros”. Así, según el principio de autonomía, el derecho de la Unión posee aplicación inmediata, eficacia directa y primacía. Y en virtud de la primacía del derecho de la Unión Europea, los tribunales nacionales deben inaplicar las normas nacionales y preferir este nuevo derecho

(solo aquellas normas que gocen de eficacia directa) basado en la integración económica y política. Es posible que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, motivada por darles efectividad a los derechos humanos, también sea consciente del control difuso de convencionalidad que deben adelantar los jueces del ordenamiento jurídico interno<sup>29</sup>.

De igual manera, el arbitraje es una institución aún más desarrollada en Europa que en América, lo cual invita a estudiar la postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Comisión Europea de Derechos Humanos con respecto a la aplicación del control de convencionalidad de los laudos arbitrales, cuando se vulneran normas de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH).

Los Estados tienen numerosas obligaciones en cuanto a derechos humanos relacionados con el acceso a la justicia. El sistema de la Convención Europea de Derechos Humanos establece la práctica más completa en este sentido. El artículo 6.1 del CEDH establece que en la determinación de “los derechos y obligaciones de carácter civil”, toda persona tiene derecho a un juicio justo en un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial. En general, un Estado firmante del CEDH es responsable de garantizar el cumplimiento de esta norma en sus tribunales nacionales. También es cierto que la conducta del tribunal arbitral no es atribuible al Estado<sup>30</sup>. Sin embargo, la Comisión Europea de Derechos Humanos (la Comisión) ha señalado que “[d]ebe tenerse en cuenta el marco legislativo, con el fin de determinar si los tribunales nacionales conservan cierto grado de control de los procedimientos de arbitraje y si el control se ejerce adecuadamente en el caso concreto”<sup>31</sup>.

La Corte Europea de Derechos Humanos (la Corte de Estrasburgo) llegó a la misma conclusión en el caso *Suovaniemi*<sup>32</sup>. El solicitante (Sr. Suovaniemi) argumentó que Finlandia violó el artículo 6.1 del CEDH al negarse a anular el laudo arbitral dictado por un tribunal supuestamente parcial. Finlandia respondió que las irregularidades del procedimiento en los juicios arbitrales no podrían haber comprometido la responsabilidad del Estado sede. La Corte de Estrasburgo rechazó este razonamiento y destacó que los Estados, antes de dar poder coercitivo al laudo arbitral, tienen que asegurarse de que el

29 YÁÑEZ ESPINOZA, M. *El control de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Concepto, influencias y proyecciones en Chile*. En *Revista Virtual del Centro de Estudios de Derechos Humanos*. 2010, 100-108.

30 KUIJIER, M. *Applicability of Article 6 ECHR at the Blindfold of Lady Justice – Judicial Independence and Impartiality in Light of Requirements of Article 6 ECHR*. Union Europea: Wolf Legal Publishers, 2004, 29.

31 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Nordstrom-Janzon v. The Netherlands*, Application No. 28101.

32 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Suovaniemi v. Finland*, 1999.

laudo arbitral se produjo como resultado de procedimientos que ajustados a las normas imperativas del procedimiento<sup>33</sup>.

Dichas normas imperativas han sido identificadas caso por caso por la Corte de Estrasburgo. Ahora bien, la jurisprudencia de la CEDH está dirigida al público en general, cuando lo cierto es que los usuarios más prominentes de arbitraje internacional son las corporaciones comerciales. Cuando en un acuerdo entre empresarios existe una renuncia expresa al derecho a solicitar la nulidad del posible laudo arbitral, lo más probable es que las partes hayan previsto bien todas las posibles consecuencias<sup>34</sup>. Por lo tanto, lo que es norma imperativa para el público en general puede considerarse perfectamente renunciable para hombres de negocios informados. En cualquier caso, este factor no suprime la obligación del Estado de vigilar el cumplimiento de los procedimientos arbitrales con las normas mínimas de equidad procesal. Simplemente llama a establecer un umbral inferior para accionar ese derecho. Por lo tanto, antes de dar efecto coercitivo al laudo arbitral, los Estados tienen que garantizar que el laudo se haya obtenido a través de un proceso llevado a cabo en cumplimiento de las normas básicas de equidad procesal<sup>35</sup>.

Es claro entonces que la aplicación del control de convencionalidad por parte de la Convención Europea de Derechos Humanos a los laudos arbitrales sí es compatible en el ordenamiento jurídico europeo, aun cuando los Estados europeos hayan alegado que la responsabilidad de los tribunales arbitrales por violaciones a normas convencionales no es aplicable al Estado, situación que ha sido objeto de análisis por la Comisión Europea de Derechos Humanos. No solo los derechos humanos son eje central para tener en cuenta la importancia de los tratados, instrumentos de regulación y el control de convencionalidad, sino la prevención al riesgo que tiene un Estado frente a lo que considera es la posibilidad de ser declarado responsable internacional. Sobre dicha premisa y con directa relación con el control de convencionalidad de los laudos arbitrales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no dudó en condenar al Estado italiano por las decisiones de las cortes de ese país de ejecutar la decisión judicial de un Estado que no integra el Convenio Europeo de Derechos Humanos sin verificar si aquella satisfacía los estándares convencionales en materia de proceso equitativo. La Corte puntualizó que esa revisión de control de convencionalidad resulta exigible cuando la decisión cuya ejecución se solicita emana de los órganos de un Estado que no aplica

33 LANDROVE, J. C. *European Convention on Human Rights' Impact on Consensual Arbitration*. En BESSON, S. A.; HOTTELLIER, M. y WERRO, F. (eds.). *Human Rights at the Center*. Zürich: Schulthess, 2006.

34 SCHULTZ, T. *Human Rights: A Speed Bump for Arbitral Procedures? An Exploration of Safeguards in the Acceleration of Justice*. En *International Arbitration Law Review*. Vol. 9, n.º 1, 2006, 8.

35 HARRIS, D. *Law of the European Convention on Human Rights*. Reino Unido: Oxford University Press, 2009, 203.

el Convenio y resulta especialmente necesaria cuando las implicaciones de la declaración de ejecutividad son de gran magnitud para las partes<sup>36</sup>. Por ello la Corte de Estrasburgo consideró configurada la responsabilidad internacional de Italia, con base en que sus tribunales habían incumplido la obligación de verificar, antes de autorizar su ejecución, si la decisión externa había sido dictada en consonancia con el Convenio.

La necesidad de cumplir con el marco del derecho comunitario de la Unión Europea justifica entonces la aplicación de un control de convencionalidad. Los tribunales arbitrales no pueden constituirse como parcelas de inmunidad en donde la aplicación de un control de convencionalidad sea ignorada; por el contrario, los laudos arbitrales también están sometidos al régimen convencional.

Siguiendo la línea jurisprudencial en Europa, se encuentra también la aplicación de un control de convencionalidad difuso ejercido por el Tribunal Federal de Suiza al revisar la compatibilidad de la ley de derecho internacional privado de Suiza con las normas del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal subrayó que efectivamente es necesario garantizar el cumplimiento de las normas imperativas del Convenio Europeo antes de dar efecto coercitivo al laudo arbitral<sup>37</sup>.

Es decir que según la jurisprudencia del Tribunal Federal de Suiza es necesario que los árbitros realicen una interpretación de compatibilidad de los acuerdos arbitrales con normas convencionales respetando un derecho convencional como lo es el derecho a un proceso equitativo contenido en el artículo 6 del CEDH.

Pero esta historia aún no termina de ser contada, y existen aún más crónicas que revelan cómo es el desarrollo de la aplicación del control de convencionalidad a los laudos arbitrales. Casos como *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Rusia* (n.º 14902/04)<sup>38</sup>, sustanciado ante el TEDH, conforme al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) (*BOE*, 10-10-1979) y sus Protocolos Adicionales y a las Reglas de Procedimiento de este Tribunal, resultan bastante útiles para evidenciar la práctica de este control. A su vez, el caso que se presenta tiene origen en un primer procedimiento ante el TEDH. En efecto, en una primera sentencia del 20 de septiembre de 2011, el TEDH determinó que el procedimiento interno incoado contra la demandante por supuestos incumplimientos de sus obligaciones tributarias correspondientes al año 2000 se realizó en contravención del artículo 6 del CEDH (derecho a un proceso equitativo); que las sanciones pecuniarias impuestas por dichos incumplimientos correspondientes a 2000

36 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Pellegrini v. Italy*, 2001. Application No. 39.388/96.

37 Swiss Federal Tribunal 4A\_238 (2013).

38 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Rusia*, 2004, n.º 14902/04.

y 2001 fueron ilícitas y contrarias al artículo 1 del Protocolo Adicional al CEDH (derecho a la propiedad), y que en la fase de ejecución de estas sanciones las autoridades nacionales no realizaron un balance justo entre el objetivo legítimo que se perseguía con aquellos procedimientos fiscales y las medidas ejecutorias adoptadas, violando así el artículo 1 del Protocolo antes citado. En el caso que aquí se analiza, la demandante, basándose en el artículo 41 del CEDH (satisfacción equitativa), reclamó una indemnización de 37.981.000.000 euros por los graves perjuicios económicos que le causaron aquellas medidas ejecutorias. En su sentencia del 15 de diciembre de 2014, el TEDH decidió, por unanimidad, que la declaración de violación del CEDH y de su Protocolo Adicional contenida en su primera sentencia constituía en sí misma una reparación por daños no pecuniarios.

Se puede observar entonces, del análisis legal que realiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de la base jurídica, que es mucho más restringido que el que realiza el tribunal arbitral, al solo utilizar como fuentes la Convención Europea de Derechos Humanos y los protocolos adicionales. Este desacuerdo fue evidenciado por el tribunal arbitral al momento de emitir el laudo arbitral, mostrándose apreciables diferencias entre el tribunal arbitral y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por ejemplo, si existen dos interpretaciones basadas en una identidad fáctica, las interpretaciones son evidentemente contrarias, no podría tomarse por parte del tribunal arbitral una postura similar. No obstante, también en esta materia se observa que el tribunal arbitral estableció una compensación económica más cuantiosa que el TEDH. El tribunal empleó la prueba de los actos de persecución contra los directivos y empleados de la empresa como elemento para demostrar el daño económico a la empresa, mientras que el TEDH lo evaluó más como constitutivo de una violación autónoma de las disposiciones sobre derechos humanos, sin indagar en las consecuencias ulteriores de dichas violaciones.

Las diferencias entre el TEDH y el tribunal arbitral quedaron bien evidenciadas en la discusión sobre el embargo de Yuganskneftegaz, la filial más productiva y valiosa de Yukos:

*778. The effect of the auction on Yukos' prospects did not escape the attention of the ECtHR, which acknowledged that YNG had been Yukos' "only hope of survival." It was "rather obvious" to the ECtHR that the choice of YNG as the first Yukos asset to be auctioned to satisfy Yukos' tax debts was "capable of dealing a fatal blow to its ability to survive the tax claims and to continue its existence." This Tribunal agrees. This Tribunal also agrees with the Quasar tribunal's characterization of the seizure of YNG as an extreme measure capable of "drastic" consequences for Yukos.*

*779. Those "drastic" consequences will be important for the Tribunal's determination of an appropriate valuation date for purposes of calculating damages. The*

*dim prospects of resuscitation of Yukos after the “fatal blow” of the YNG auction are discussed in the next chapter on Bankruptcy*<sup>39</sup>.

La situación descrita crea una inseguridad jurídica en el sistema jurídico de Europa, pues existen dos resoluciones de un tribunal arbitral y un tribunal de derechos humanos que han trazado su decisión con bases jurídicas diferentes, ante lo cual cabría preguntarse: ¿a qué decisión están sometidas las partes, a la del tribunal arbitral o a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos?

### 3.3. *El control de convencionalidad de los laudos arbitrales en América*

La posición en América con respecto a la aplicación del control de convencionalidad en los laudos arbitrales está cubierta de una niebla legal. Ello se debe a que muy pocos países americanos permiten al árbitro actuar como juez convencional; es más, podría afirmarse que ningún estamento legal de algún país americano establece que el árbitro pueda realizar un control de convencionalidad o que sus decisiones estén sujetas a parámetros convencionales. Lo anterior se debe a la estigmatización del arbitraje entendido como un mecanismo de solución alternativa al proceso donde solo se discuten aspectos enfocados en el derecho privado, como aspectos económicos y civiles, que no dan cabida para interpretaciones en conjunto con tratados de derechos humanos. Sin embargo, esta investigación, en el estudio del derecho comparado, encuentra un precedente donde se evidencia la aplicación de un control de convencionalidad por parte del tribunal arbitral para emitir el laudo.

Se trata del caso *Flughafen Zürich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC S.A. c. Venezuela* (caso CIADI n.º ARB/10/19), donde el tribunal arbitral invocó la Convención Americana de Derechos Humanos para la realización de una auditoría técnica sobre ciertos aspectos relacionados con la concesión para la construcción del Aeropuerto Internacional del Caribe “Santiago Mariño”, en la Isla Margarita. En particular, el tribunal argumentó:

521. Existen también graves deficiencias en la Auditoría Técnica y en la tramitación administrativa.

522. La Auditoría Técnica fue ordenada el 2 de diciembre de 2005, inició sus trabajos el 5 de diciembre y el 12 de diciembre ya había dictado sus conclusiones “provisorias”. Estas Conclusiones se alcanzaron *inaudita parte*, sin que las Demandantes tuvieran oportunidad de alegar lo que a su derecho conviniera. Este gravísimo vicio procesal socava el valor de la Auditoría: es un principio básico de justicia que ninguna persona puede ser condenada sin antes haber tenido la

39 ARAGONÉS MOLINA, L. et al. *Crónicas sobre la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras*. En *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. 2015, 63-67.

oportunidad de hacer oír sus argumentos (Artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos suscrita el 22 de noviembre de 1969 y artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos suscrito el 4 de noviembre de 1950)<sup>40</sup>.

La referencia del tribunal a la CIDH para formular las obligaciones del Estado venezolano en materia procesal es oportuna, a la vista de que el 10 de septiembre de 2012 este Estado denunció la CIDH. El hecho de que el órgano arbitral mencionara también la CEDH parece señalar que con independencia de la vigencia formal de cualquiera de estos convenios para el respectivo Estado, las normas sobre el debido proceso constituyen reglas generales de derecho internacional público por las que el Estado está vinculado. En este caso, el tribunal consideró que dichas reglas, demostradas a partir de dos convenios, eran suficientemente convincentes como para interpretar el requisito de legalidad de las expropiaciones que pueda decretar un Estado.

Es de gran importancia resaltar que el tribunal arbitral aplica un control de convencionalidad no solo de la Convención Americana de Derechos Humanos sino también de la Convención Europea de Derechos Humanos, posición que encontramos correcta pues en nuestro parecer la aplicación del control de convencionalidad no solo debe estar sujeta a las normas de la Convención Americana sino también de otros instrumentos internacionales, como la Convención de Nueva York y Panamá.

### *3.4. El control de convencionalidad de los laudos arbitrales en Asia*

Asia es un continente con países de tendencias culturales y políticas muy heterogéneas, razón por la cual no existe un sistema regional de protección de derechos humanos que ejerza jurisdicción en aquellos casos en donde se viole una convención internacional de derechos humanos. Ahora bien, ello no impide que tanto los jueces nacionales como los árbitros puedan aplicar un control de convencionalidad a los tratados y laudos arbitrales. No obstante, la experiencia asiática es la de considerar que los derechos humanos no pueden ser interpretados en armonía en controversias arbitrales y económicas, estando orientado a considerar que el derecho económico tiene mayor importancia que los derechos humanos.

### *3.5. El control de convencionalidad de los laudos arbitrales en África*

África posee un sistema de convencionalidad notoriamente nuevo, y de igual forma el arbitraje tampoco es un campo muy desarrollado jurídicamente. Es por ello que la investigación realizada no pudo encontrar precedentes donde

40 *Caso Flughafen Zürich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC S.A. c. Venezuela*, 2010, Caso CIADI n.º ARB/10/19.

se evidenciara una aplicación del control de convencionalidad en laudos arbitrales.

Sin embargo, al observar que su sistema regional de protección de derechos humanos tiene grandes rasgos en común con los sistemas americano y europeo, es posible afirmar que la aplicación de un control de convencionalidad por parte de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los tribunales arbitrales puede llevarse a cabo.

### *3.6. El control de convencionalidad de los laudos arbitrales en Colombia*

El ordenamiento jurídico colombiano, específicamente la Ley 1563 de 2012 o Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, establece los mecanismos procesales para la anulación y revisión del laudo.

Se pensaría que si en determinado caso el tribunal arbitral falla respecto de la interpretación del contrato o del tratado en concordancia con tratados de derechos humanos, instrumentos internacionales ratificados u otras normas convencionales, sería entonces la anulación del laudo el momento procesal oportuno para realizar el control de convencionalidad. Sin embargo, como puede observarse, la norma solo admite una anulación por defectos de forma, no por aspectos sustanciales, como sería el caso de un laudo que viole o contravenga normas convencionales o tratados de derechos humanos; escenario que evidencia que la aplicación de un control de convencionalidad a los laudos arbitrales es una figura procesal que no podría aplicarse en sede de revisión, anulación y ejecución del laudo.

Sin embargo en el ordenamiento jurídico colombiano la anulación de un laudo también puede llegar a darse por medio de una acción de tutela. Así la Corte Constitucional en varias ocasiones ha podido pronunciarse al respecto. Pese a ello, como se estudió en la sección sobre el control de constitucionalidad en los laudos arbitrales, la jurisprudencia ha optado por aplicar una teoría contractualista en donde solo por las causales de nulidad de errores de forma es posible llegar a efectuar una anulación de un laudo por medio de una acción de tutela; situación que no da cabida para que se ejerza un control de convencionalidad respecto de los laudos arbitrales.

¿Qué hacer entonces ante un laudo arbitral que es violatorio de derechos humanos, de normas convencionales y de instrumentos internacionales?, ¿qué mecanismos procesales pueden ser utilizados para la anulación de laudo? Se trata de interrogantes que claramente muestran escenarios donde el acceso a la justicia y al derecho fundamental al debido proceso se ven vulnerados por los sistemas judiciales, que han entendido al arbitraje como un medio donde el control de convencionalidad puede ser ignorado.

Del recorrido jurisprudencial de los distintos tribunales internacionales de derechos humanos, de tribunales arbitrales nacionales e internacionales

y de legislaciones de distintos países del mundo se puede concluir que sí es posible que en Colombia y en América Latina exista el mecanismo procesal consistente en poder acudir ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en aquellos casos en que los Estados no hayan garantizado que el derecho nacional sea efectivo y eficaz para fallar laudos arbitrales en armonía con la Convención Americana de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales de derechos humanos.

No obstante, la posición nacional, como se puede vislumbrar en la sentencia SU-174 de 2007, el elemento voluntario contractual que está en la base del arbitraje fortalece la posición en la que se encuentran los árbitros para resolver la controversia. De ahí que se entienda que los laudos arbitrales gozan de “estabilidad jurídica”, por lo que los recursos para controvertirlos son extraordinarios, y restrictivos en sus causales de procedencia, las cuales se refieren normalmente a errores *in procedendo* y algunos *in iudicando* específicamente definidos.

Esta situación resalta la importancia en discusiones relacionadas, por ejemplo, con la protección del debido proceso en procesos arbitrales como derecho fundamental. En casos como Telecomunicaciones de Bogotá S.A. y Comunicación Celular S.A. Comcel en el año 2008, conforme a lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Política en Colombia.

La necesidad del control de convencionalidad es propicia, pertinente y necesaria en el ámbito de acción del derecho privado y público, que en relación con el proceso arbitral, se discute en tribunales ante particulares investigados de jurisdicción excepcional y transitoria.

Esta situación puede verse más claramente en Europa, en donde el arbitraje ha adquirido a lo largo de los años un papel preponderante, y en el mismo se plantea la protección y la inmiscuían convencional respecto al mismo, tanto así que la misma Comisión Europea de Derechos Humanos ha tomado parte en el análisis de fondo de las decisiones arbitrales.

#### 4. PROPUESTA

Con el desarrollo de esta investigación y con la ayuda del estudio del derecho comparado se realiza la siguiente propuesta de investigación.

##### *4.1. Aplicación del control de convencionalidad de los laudos arbitrales*

El esquema del control de convencionalidad debe aplicarse en los laudos arbitrales, con el objetivo de evitar demandas donde se declare la responsabilidad internacional de los Estados por violaciones a las normas convencionales.

El control de convencionalidad de los laudos arbitrales debe aplicarse de manera difusa primero por los tribunales arbitrales, exigiendo a los árbitros la potestad de actuar como jueces convencionales. Si este control llegase a

fallar, entonces deberá realizarse, en sede judicial, por medio de la revisión y anulación, o en dado caso por medio de una acción de tutela.

En el sistema jurídico colombiano existen tres formas para lograr que se realice un control de convencionalidad: (i) mediante la revisión y anulación del laudo arbitral, (ii) mediante la nulidad del laudo por medio de una acción de tutela y (iii) por medio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

#### *4.2. Interpretación de tratados internacionales*

Deben eliminarse aquellos paradigmas donde el tribunal arbitral solo interpreta el tratado o el contrato en razón de normas contractuales, para poder evitar la fragmentación jurídica que al momento de fallar en los laudos arbitrales existe en los ordenamientos jurídicos del mundo.

Por el contrario, en los tribunales arbitrales y los laudos arbitrales, los contratos o tratados deben interpretarse conjuntamente y en armonía con los tratados internacionales de derechos humanos, normas convencionales y otros instrumentos internacionales.

#### CONCLUSIONES

El nacimiento del control de convencionalidad no se remonta a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues los primeros laboratorios de convencionalidad en el mundo se podrían identificar en otros sistemas regionales de protección de derechos humanos como el europeo.

El control de convencionalidad de los laudos arbitrales aún es un tema rodeado de muchas preguntas por resolver. Su desarrollo ha sido condicionado a si los árbitros deben actuar como jueces convencionales o no.

En nuestra opinión, los árbitros deben aplicar el control de convencionalidad al momento de proferir los laudos arbitrales, pues hace honor a la parte más noble de la persona del árbitro su razón y su conciencia al servicio de la justicia.

Se cuestiona la aplicación del control de convencionalidad solamente al utilizar como base jurídica la Convención Americana de Derechos Humanos, cuando también existen otros tratados y tribunales que pueden aplicarlo.

#### REFERENCIAS

AGUILAR CAVALLO, G. *El control de convencionalidad: análisis en derecho comparado*. En *Revista Derecho*. Vol. IX, 2013, 721-754.

ÁLVAREZ SAAVEDRA, Y. *El sistema africano de derechos humanos y de los pueblos*. En *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Vol. VIII, 2008, 671-712.

- ANGULO, JACOBO, L. F. *El control difuso de convencionalidad en México*. En *Revista del Instituto de Justicia Federal*. 2013, 71- 90.
- ARAGONÉS MOLINA, L. et al. *Crónicas sobre la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras*. En *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. 2013, 63-67.
- BENAVENTE CHORRES, H. *El juez de control como garante de convencionalidad de las normas en el nuevo proceso penal mexicano*. En *Revista Estudios Constitucionales*. Vol. 10, n.º 1, 2012, 145-200.
- FERRER MAC-GREGOR, E. *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*. En *Revista Universidad Autónoma de México*. 2010, 562-563.
- FERRER MAC-GREGOR, E. *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*. En *Revista Estudios Constitucionales*. Vol. IX, n.º 2, 2011, 531-622.
- GARCÍA RAMÍREZ, S. *El control judicial interno de convencionalidad*. En *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*. Vol. 5, n.º 28, 2011, 123-159.
- HARRIS, D. *Law of the European Convention on Human Rights*. Reino Unido: Oxford University Press, 2009.
- HERRERA MERCADO, H. *La impugnación de los laudos arbitrales: análisis legal y jurisprudencial*. Bogotá: Legis, 2014.
- KUIJIER, M. *Applicability of Article 6 ECHR at the Blindfold of Lady Justice – Judicial Independence and Impartiality in Light of Requirements of Article 6 ECHR*. Union Europea: Wolf Legal Publishers, 2004.
- LANDROVE, J. C. *European Convention on Human Rights' Impact on Consensual Arbitration*. En BESSON, S. A.; HOTTELIER, M. y WERRO, F. (eds.), *Human Rights at the Center*. Zürich: Schulthess, 2006.
- LÓPEZ BLANCO, H. F. *Proceso arbitral nacional*. Bogotá: Dupré Editores, 2013.
- MALCOM, E. y MURRAY, R. *The African Charter on Human People's Rights – The System in Practice, 1986-2000*. Reino Unido: Cambridge University Press, 2002.
- SAGÜÉS, N. P. *El control de convencionalidad en el Sistema Interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el Sistema Europeo*. En *Revista Universidad Nacional Autónoma de México*. 2015, 381-417.
- SCHULTZ, T. *Human Rights: A Speed Bump for Arbitral Procedures? An Exploration of Safeguards in the Acceleration of Justice*. En *International Arbitration Law Review*. Vol. 9, n.º 1, 2006.
- UMOZURIKE, O. *The Complaint Procedures of the African Commission on Human and Peoples' Rights*. La Haya: International Human Rights Monitoring, 2011.
- VALENZUELA VILLALOBOS, W. *Dos teorías sobre la implementación práctica del control de convencionalidad difuso en Chile a partir de la experiencia mexicana*. En *Revista Universidad Nacional Autónoma de México*, 2015, 517-552.

YÁÑEZ ESPINOZA, M. *El control de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Concepto, influencias y proyecciones en Chile*. En *Revista Virtual del Centro de Estudios de Derechos Humanos*. N.º 1, 2010, 100-108.

### *Documentos electrónicos*

Oficina Regional de Sureste Asiático. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/Countries/AsiaRegion/Pages/SouthEastAsiaSummary.aspx>

Africa Union. Diponible en: [http://www.africa-union.org/root/au/AboutAU/Constitutive\\_Act\\_en.htm](http://www.africa-union.org/root/au/AboutAU/Constitutive_Act_en.htm), 26 de mayo de 2001.

### *Jurisprudencia*

*Caso Banco bcsc S.A. contra el Tribunal de Arbitramento entre Roberto Pinzón y Colmena Establecimiento Bancario*. Corte Constitucional, 2 de febrero de 2007.

*Caso Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A.E.S.P. contra el Tribunal de Arbitramento Telefónica Móviles Colombia S.A. vs. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., con vinculación oficiosa de Telefónica Móviles Colombia S.A., la Procuraduría Cuarta Judicial Administrativa de Bogotá, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y el Ministerio de Comunicaciones*. Corte Constitucional, 2 de febrero de 2009.

*Caso Flughafen Zürich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC S.A. c. Venezuela*, Caso CIADI n.º ARB/10/19.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Radilla Pacheco con Estados Unidos Mexicanos*, de 23 de noviembre de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Tibi con Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de 7 de septiembre de 2004.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Pellegrini v. Italy* (2001), Application No. 39.388/96, Judgment, 20 de julio de 2001.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Rusia* (n.º 14902/04).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Nordstrom-Janzon v. The Netherlands*, Application No. 28101, 95.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Suovaniemi v. Finland*, (1999) ECHR 31737/96.

### *Normatividad*

Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, de 27 de julio de 1981.